

The research concluded by denying the existence of a contradiction between the hadiths of custody, and repelling the illusion that occurred in them by combining and weighting them, with controls dictated by the principles and rules of the Sharia, which contribute to controlling the jurisprudence of the provisions of custody, and knowing the emerging issues and developments related to it. .

Keywords:

incompatibility; incubation; accident ; Grammar ; weighting; origins.

1. مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.
أما بعد:

فلقد بينت الشريعة الإسلامية أحكام الحضانة، وحقوق المحضون في جملة من النصوص الشرعية، منها قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران:37]، قال ابن عباس رضي الله عنه (ت:68هـ) : «هذا أصل في الحضانة»¹، و قول الله تعالى : ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَا مَهْمُ أَتِيهِمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [آل عمران: 44]، وقوله تعالى حكاية عن أخت موسى عليه السلام : ﴿فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ﴾ [القصص:12] وغيرها من النصوص والآثار الدالة على ذلك.

ونظراً لكثرة اختلاف الفقهاء في مسائل الحضانة، رأيت أن أفرد لها بدراسة أحاول من خلالها ربط أحكامها بالقواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بها من منظور مقاصدي لكي يسهل ضبط أحكام الحضانة .

وجاء هذا المقال موسوماً بعنوان: "الإبانة في تأصيل أحكام الحضانة- دراسة أصولية تعقيدية مقارنة-".

¹انظر: السيوطي، الإكليل في استنباط التنزيل ص79

أهمية البحث :

الذي دعاني إلى هذا المقال، أهمية الموضوع لتعلقه ببيان حق من حقوق العباد الشرعية، و لم يحظ هذا الباب بالقدر الكافي من الدراسات التأصيلية والتّقييدية على غرار سائر الأبواب الفقهيّة .

الإشكالية : تتمثل إشكالية البحث في النقاط الآتية :

-ما هي الأسباب التي أدّت إلى التّعارض بين أحاديث الحضّانة ؟

-ما هي طرق دفع التّعارض بين أحاديث الحضّانة ؟

-ما هي أبرز القواعد الفقهيّة والأصوليّة المؤثّرة في أحكام الحضّانة؟

الدراسات السابقة : لم أجد بعد التّتبّع والاستقراء في الكتب والرّسائل العلميّة من أفرد بحثاً أو رسالة علميّة حول الحضّانة بدراسة أصوليّة تقييدية مقارنة.

أهداف الدّراسة : تهدف هذه الدراسة إلى مايلي :

-الإجابة عن الإشكال الواقع بين الأحاديث المتعارضة في باب الحضّانة.

-ضبط القواعد الفقهيّة والأصوليّة المتعلّقة بمسائل الحضّانة، إذ لا ريب أنّ تأصيل الأحكام لشرعيّة عن طريق القواعد الفقهيّة والأصوليّة يعدّ أحد مدارك الفتوى في القضايا المعاصرة.

-الإسهام في إثراء المكتبة الفقهيّة الإسلاميّة .

منهج البحث :

أمّا المنهج المتّبع في هذه المقال:

-المنهج الاستقرائي : يتمثّل في استقراء ما كُتب عن موضوع البحث، وماله علاقة بذلك، وأثبت في المقال ما رأيته مناسباً، متوخّياً الإيجاز والاختصار.

-المنهج البرهاني (التمثيلي): المتمثّل في التّعليل والتّمثيل لبعض القواعد الأصولية و الفقهيّة المتعلّقة بأحكام الحضّانة .

-المنهج التحليلي : وذلك من خلال التّحليل لبعض المصطلحات لما هو بحاجة

إلى بيان وبرهان.

و اكتفيت في ترجمة الأعلام بذكر تاريخ الوفاة فقط، مراعاة لحجم المقال، ووضعت في آخر البحث قائمة للمصادر والمراجع مع كافة المعلومات للكتب.

خطة البحث :

-اشتمل البحث على مقدمة و مبحثين وخاتمة.

المبحث الأول:وجه التعارض بين أحاديث الحضانة.ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول:أسباب التعارض بين أحاديث الحضانة .

المطلب الثاني: مسالك دفع التعارض بين أحاديث الحضانة.

المبحث الثاني: نماذج من القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بأحكام الحضانة. ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول: نماذج من القواعد الأصولية المؤثرة في تأصيل أحكام الحضانة.

المطلب الثاني: نماذج من القواعد الفقهية الحاكمة لضبط باب الحضانة.

خاتمة :وذكرت فيها أبرز النتائج والتوصيات.

هذا وما كان من توفيق فمن الله تعالى، وما كان من خطأ وتقصير فمني ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

2. وجه التعارض بين أحاديث الحضانة.

1.2. أسباب التعارض بين أحاديث الحضانة:

تدور أحكام الحضانة¹ على أربعة أحاديث²، ظاهرها التعارض فيما بينها كانت منشأ الاختلاف بين فقهاء الأمصار في أشهر مسائل الحضانة، وأسوق هذه

¹ الحضانة لغة: تربية الولد، وشرعاً: معاودة على حفظ من لا يستقل بحفظ نفسه من نحو طفل، وعلى تربيته وتعهده. ينظر: المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 282 - 283.

² انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين 274/4.

الأحاديث كالاتي :

1- عن البراء بن عازب رضي الله عنه (ت:72هـ) أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد، فقال علي: «أنا أحق بها هي ابنة عبي»، وقال جعفر: «بنت عبي وخالتها تحتي»، وقال زيد: ابنة أخي، ففضي فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لخالتها وقال: «الخالة بمنزلة الأم»¹.

2- عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه (ت:65هـ) أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحي»².

3- وعن أبي هريرة رضي الله عنه (ت:59هـ) أن امرأة جاءت فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عتبة، وقد نفعتني، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «استهما عليه»، فقال زوجها: من يحاقي في ولدي؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت»، فأخذ بيد أمه فانطلقت به³.

4- وعن عبد الحميد بن جعفر الأنصاري (ت:153هـ) عن أبيه عن جده «أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابت له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي - صلى الله عليه وسلم - الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيره وقال: «اللهم اهده»، فذهب إلى

¹ أخرجه البخاري في صحيحه 7/ 499 (4251).

² رواه أحمد 11/ 310 (6707)، وأبو داود 3/ 110 - 111 (2270)، والحاكم في المستدرک 2/ 207، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وصححه ابن الملقن في البدر المنير 317/8، وحسنه الألباني في إرواء الغليل 244/7.

³ أخرجه أبو داود 283/2 (2277)، والنسائي 6/ 185 (3496). والحديث صححه ابن القطان وجمع من الحفاظ. انظر: ابن حجر، التلخيص الحبير 4/ 12، والزيلعي، نصب الراية 3/ 269، والألباني، إرواء الغليل 7/ 251.

أبيه»¹.

ومجمل تعارض هذه أحاديث الحضانة يرجع إلى سببين جوهريين :

السبب الأول: الصناعة الحديثية.

وتتمثل في اختلاف الأئمة الحفاظ في هذه الأحاديث من حيث الصحة والضعف، وهي كالآتي:

الحديث الأول : قد طعن ابن حزم (ت:456هـ) في حديث البراء المذكور بأن في إسناده إسرائيل، وقد ضعف إسناده، ورد عليه بأنه قد وثقه سائر أهل الحديث، وتعجب الإمام أحمد (ت:241هـ) من حفظه وقال: ثقة، وكفى لإخراج الإمام البخاري (ت:256هـ) لهذا الحديث في صحيحه دليلاً على ذلك.²

الحديث الثاني : مدار حديث عبد الله بن عمرو بن العاص على عمرو بن شعيب (ت:118هـ)، وقد اختلف الحفاظ في إسناده عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، وقيل: إن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه صحيحة.

وأجيب عنه بأن حديث عمرو بن شعيب قبله الأئمة وعملوا به، وضعفها بعضهم لاحتمال كون ضمير الجدّ يعود إلى محمد والد شعيب فيكون الحديث مرسلًا لأنّ شعيباً لم يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم.

وليس عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث في سقوط الحضانة بالتزويج غير هذا، وقد صحّ سماع شعيب من جدّه عبد الله بن عمرو، فبطل قول من قال: إنه منقطع.³

الحديث الثالث: حديث أبي هريرة في إسناده اختلاف كثير، وأفاضله مختلفة وقال ابن المنذر (ت:318هـ): لا يثبت أهل النقل وفي إسناده مقال، و قد صححه

¹ رواه أحمد 39/ 168، 170 (23757) (23759)؛ وأبو داود 3/ 94 (2238)؛ والنسائي 6/ 185 (3495).

² انظر: الشوكاني نيل الأوطار 6/ 389.

³ انظر: ابن القيم، زاد المعاد 5/ 389. الصنعاني، سبل السلام 2/ 331.

الحاكم(ت:405هـ) وبعض الحفاظ.¹

الحديث الرابع : اختلف أهل النقل في إسناد هذا الحديث وفي متنه، فذكر بعض الرواة أنه خير في غلام، وذكر بعضهم أنه خير في بنت .

ودفع بعض الحفاظ هذا التعارض بأنهما قصتان خير في أحدهما غلاماً، وفي الأخرى جارية.²

وجعل ابن رشد (ت:595هـ) الاختلاف في صحة هذا الحديث سبب الخلاف بين الفقهاء في تخير الغلام بين أبويه.³

السبب الثاني : دلالات الألفاظ.

1- قوله صلى الله عليه وسلم: «ما لم تنكحي»: فيه دلالة على أن حق الحضانة للأُم يبطل بالنكاح، وهذا هو المدلول عليه بمفهوم الشرط.⁴

واختلف أهل العلم في قوله صلى الله عليه وسلم: «ما لم تنكحي» هل هو تعليل أو توقيت، على قولين⁵:

القول الأول : أن اللفظ للتعليل، وهذا قول الجمهور.

القول الثاني : أن اللفظ للغاية، وهذا المشهور عن الإمام مالك (ت:179هـ).

وينبغي على هذا الخلاف، ما لو تزوجت وسقطت حضانتها ثم طلقت، فهل تعود الحضانة؟

فإن قيل: اللفظ لتعليل، عادت الحضانة بالطلاق؛ لأن الحكم إذا ثبت بعلة زال بزوالها، وعلة سقوط الحضانة التزويج، فإن طلقت زالت العلة، فزال حكمها.

¹ انظر: الشوكاني نيل الأوطار 391/6.

² انظر: ابن الملقن، البدر المنير 321/8.

³ ابن رشد، بداية المجتهد 79/3.

⁴ المغربي، البدر التمام شرح بلوغ المرام 335/8.

⁵ انظر: ابن قدامة، المغني 421/11، ابن حزم، المحلى 326/10.

و أما بناء على أن قوله " ما لم تنكحي " للتوقيت، أي: حَقَّك من الحضانة موقت إلى حين نكاحك، فإذا نكحت انقضى وقت الحضانة، فلا تعود بعد انقضاء وقتها كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل واستغنائه عنها.¹

2- تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم للغلام في حديث أبي هريرة رضي الله عنه هل يحمل هذا التخيير على إطلاقه، أو يقيد هذا التخيير بالوصف المناسب؟ فوجه من قيد هذا الإطلاق بالمناسب، و جعله صالحا لتخصيص الأدلة أو تقييدها، لاحظ ما فيه مصلحة للصبي، فإذا كان أحد الأبوين أصلح للصبي من الآخر قدم عليه من غير قرعة ولا تخيير.

ويؤيد هذا جملة من الأدلة الدالة على مراعاة مصالح الأولاد كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ [التحريم: 6].

وحكى ابن القيم (ت: 751هـ) عن شيخه الإمام ابن تيمية (ت: 728هـ) أنه قال: «إذا تنازع أبوان صبيّا عند الحاكم، فخير الولد بينهما فاختر أباه، فقالت أمه: سله لأي شيء يختاره؟ فسأله فقال: أُمّي تبعثني كل يوم للكاتب والفقير يضرباني، وأبي يتركني ألعب مع الصبيان، فقضى به للأم.

ورجح هذا ابن تيمية، واستدل له بنوع من أنواع المناسب، وذلك أن روح الشريعة تقضي بمراعاة مصالح الصغير، ولا شك أن بقاء الطفل مع أبيه قضاء على مصالح الدنيوية والأخروية.²

وأما من أبقي مطلق التخيير الوارد في الحديث على إطلاقه، فوقف على مقتضى ما نصّ عليه الحديث، وتمسك به، وذلك لأن الأدلة المذكورة في خصوص الحضانة خالية عن اعتبار مثل هذه المناسبة، وفوّضت حكم الأحقية إلى محض الاختيار.³

¹ ينظر: ابن القيم، زاد المعاد 404/5.

² ينظر: المرجع نفسه 424/5.

³ انظر: الشوكاني، نيل الأوطار 393/6، المطيعي، تكملة المجموع 324/18.

2.2. مسالك دفع التعارض بين أحاديث الحضانة:

المشهور عند الأصوليين أن طرق دفع التعارض بين الأدلة يكون بالجمع، فإن تعسّر الجمع، ينظر إلى تطرّق النسخ إلى الدليلين إذا علم تاريخ ورودهما، فإن لم يعلم التاريخ، يصار إلى الترجيح بين الدليلين¹.

أولاً: مسلك الجمع.

من صور الجمع في أحكام الحضانة :

1- قوله صلى الله عليه وسلم في شأن حضانة الغلام: «أنت أحق به ما لم تنكحي»²، فإنه يدلّ على أنّ الأمّ أحقّ بحضانة ابنها إذا أراد الأب انتزاعه منها، ويعارضه قوله صلى الله عليه وسلم للغلام: « هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت»، فأخذ بيد أمه فانطلقت به³، فهو يدلّ على أنه إذا تنازع الأب والأمّ في غلام لهما، فإنّ الواجب هو تخيير الغلام، فمن اختاره فهو أحقّ به.

فقد ذهب بعض المحققين من أهل العلم إلى الجمع بين الحديثين باختلاف الحال، وذلك بحمل حال الغلام الذي لم يبلغ سنّ التمييز، أو قبل استغنائه بنفسه على أنّ الأمّ أحقّ به من غيرها ما لم تنكح، ويحمل الحديث الآخر فيما إذا بلغ سنّ التمييز، واستغنى عن الحضانة فإنه يخير بين أبويه إذا تنازعا فيه، فمن اختار منهما فهو أولى به⁴.

2- قوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، فيؤخذ من هذا الحديث أن المرأة إذا طلقها زوجها وكان له منها طفل، فهنا الأمّ أحقّ بالحضانة ما لم تتزوج، فإذا تزوجت الأم سقطت حضانتها.

وهذا الحديث معارض لحديث قصة ابنة حمزة حيث قضى بها رسول الله صلى

¹ ينظر: ابن النجار، شرح الكوكب المنير 4/609.

² تقدم تخريجه

³ تقدم تخريجه.

⁴ انظر: الصنعاني، سبل السلام 3/466، الشوكاني، نيل الأوطار 6/160.

الله عليه وسلم لخالتها، وقال: «الخالة بمنزلة الأم» وكانت زوجة جعفر بن أبي طالب لقول جعفر: إنها ابنة عمي، وخالتها تحتي، وهذا الحديث يدل على أنه إذا كان الزوج من أقارب المحضون فإن حضانة الأم لا تسقط.

والجمع بين الحديثين ممكن فيحمل حديث ابنة حمزة على أن الزوج ليس أجنبيا من المحضون، لأنه ابن عمها، وأما حديث: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، فهذا إذا كان الزوج أجنبيا من المحضون، وبهذا تجتمع الأدلة.¹

ثانيا: مسلك النسخ:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا حق للأم الكافرة في حضانة ابنها من زوجها المسلم؛ لأن الحضانة ولاية، وقد قطع الله تعالى الموالاة بين الكافرين والمسلمين وحصر الموالاة بين المؤمنين، بعضهم أولى ببعض، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141].²

وذهب الإصطخري (ت: 328هـ) من الشافعية³ إلى أنه يثبت للكافرة حق الحضانة، وذلك لما ورد من حديث رافع بن سنان رضي الله عنه أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فأقعد النبي (الأم ناحية والأب ناحية، وأقعد الصبي بينهما فمال إلى أمه، فقال: اللهم اهدده. فمال إلى أبيه. فأخذه.⁴

وأجاب أهل العلم عن الحديث بأنه منسوخ بالآية المذكورة. و نسخ السنة بالقرآن جائز عند جمهور الأصوليين⁵.

¹ ابن عثيمين، الشرح الممتع 540/13.

² انظر: الصنعاني، سبل السلام 233/2.

³ ابن الملحق، البدر المنير 322/8.

⁴ تقدم تخريجه.

⁵ ينظر تفصيل المسألة في المصادر الآتية: الغزالي، المستصفى 124/1، الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام 269/2، ابن النجار، شرح الكوكب المنير 3/559، القرافي، شرح تنقيح الفصول ص 312.

ثالثاً: الترجيح.

تدور مجمل أسباب الترجيح في باب الحضانة إلى مدى توقّر الرعاية الماديّة والدينيّة والأدبية في الحاضن، بحيث يكون مستعدّاً لتحمل أعباء هذه الحضانة، ولهذا أغلب الفروع الفقهيّة المتعلقة بالحضانة تدور على معيار الأصلح للمحضون ؛ لكونه في موقع الضعف والحاجة ومن ثم كان حقه مقدّمًا على كل حق.

ولهذا غالب المسائل الفقهيّة المتعلّقة بالحضانة التي كانت محل خلاف بين فقهاء الأمصار تدور حول التّرجيح بالقياس المصلحي، إذ المقصود من الحضانة حفظ مصلحة المحضون.

ومن هذا تقدم الأم على سائر الأقارب لفرط حنوها وشفقتها على طفلها.

- وتقدم الأم الجاهلة بأحكام الحضانة على العمة العالمة بأحكامها لأن طبعها يحثها على معرفة مصالح الطفل وعلى القيام بها، وحث الطبع أقوى من حث الشرع.¹

- وتقدم النساء على الرجال في الحضانة لأنهن أعرف وأشفق على الأطفال، وبها أليق وأهدى إلى تربية الصغار.²

وإذا تعارضت مصلحة في المحضون، تقدم أقوى المصلحتين. ومن أمثلة ذلك ترجيح المصلحة المتأبّدة على المصلحة المؤقتة، فإذا أراد الأب النقلة إلى بلد آخر فهو أحق بالولد، وكذلك لو أرادت الأم النقلة كان الأب أحق بالولد.

وقال أبو حنيفة (ت:150هـ) إذا أراد الأب النقلة فالأم أحق بهم، وإن أرادت الأم النقلة فإن انتقلت من قرية إلى بلد فهي أحق، وإن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق.

¹ انظر: العز ابن عبد السلام، الفوائد في اختصار المقاصد ص 81

² انظر: الكاساني، بدائع الصنائع 4 / 41، الصاوي، بلغة السالك 2 / 495، الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي ص 211، الرحيباني، مطالب أولي النهى 5 / 666.

- وجه القول الأول: أن كونه مع أبيه مصلحة متأبدة، وكونه مع أمه مصلحة مؤقتة تزول عن قريب، ومراعاة المصلحة المتأبدة أولى، واعتباراً به إذا أرادت الأم النقلة عن بلد إلى قرية¹.

3. نماذج من القواعد الأصولية والفقهية المتعلقة بأحكام الحضانة

1.3. نماذج من القواعد الأصولية المؤثرة في تأصيل أحكام الحضانة:

1-الحكم يدور مع علته وجوداً وعدم²:

قرّر الفقهاء أنه لا تثبت الحضانة لمعتوه - وهو ناقص العقل - ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة، ولا لفاسق ولا لكافر، فإذا عقل المجنون أو المعتوه وعدل الفاسق، وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة، لأنها زالت لعلّة فعادت بزوال العلة. والحكم يدور مع علته وجوداً وعدم³ فالحضانة زالت بمعنى، وقد زال المعنى فعادت الحضانة.

2-دلالة السياق طريق إلى بيان المجملات ، وتعيين المحتملات، وتنزيل الكلام على المقصود منه⁴.

قال ابن دقيق العيد (ت:702هـ) في معرض شرحه لحديث: الخالة بمنزلة الأم⁵: «الحديث أصل في باب الحضانة، وصريح في أن الخالة فيها كالأم، عند عدم الأم وقوله عليه السلام « الخالة بمنزلة الأم » : سياق الحديث يدل على أنها بمنزلتها في الحضانة، وقد يستدل بإطلاقه أصحاب التنزيل على تنزيلها منزلة الأم في الميراث . إلا أن الأول أقوى .فإن السياق طريق إلى بيان المجملات ، وتعيين المحتملات ، وتنزيل

¹ ينظر: عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف/2، 811.

² ابن القيم، إعلام الموقعين، 1/86.

³ النووي، المجموع شرح المذهب 18/321.

⁴ ينظر: ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام ص534.

⁵ تقدم تخريجه.

الكلام على المقصود منه.¹

فمفاد كلام ابن دقيق العيد أنه رجح قول من يقول إن الخالة بمنزلة الأم في حالة الحضانة فقط ، وليس الأمر عاما، وذلك بدلالة السياق .

3- شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يأت شرعنا بخلافه.

هذه القاعدة تتعلق بمشروعية الحضانة من خلال قوله تعالى: {وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا} [آل عمران:37]، وقوله تعالى: {وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ} [آل عمران: 44] وقول الله تعالى حكاية عن أخت موسى عليه السلام : {فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ وَهُمْ لَهُ نَاصِحُونَ} [القصص : 12] وهذا مبني على أنَّ شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يأت شرعنا بخلافه.

4- يجوز أن يقع الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق.²

-إذا احتاج طفل إلى حضانة غير الأم - وكان له أخوات - فالأخت لأب وأم أولى من الأخت لأم؛ لأن القرابة من جهتين، والشفقة بالقرابة، فذو القرابتين أشفق فكان بالحضانة أحق. وإن كانت قرابة الأم ليست بسبب للاستحقاق.³

5- القياس حجة شرعية.

1-أعمل الفقهاء دليل القياس في ضابط التقديم في الحضانة :

-فمن قدم أقارب الأب على أقارب الأم، عمدته في ذلك أن أصول الشرع وقواعده شاهدة بتقديم أقارب الأب في الميراث، وولاية النكاح وولاية الموت وغير ذلك، ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الأم على قرابة الأب في حكم من الأحكام، فمن قدمها في الحضانة فقد خرج عن موجب الدليل.⁴

¹ ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام ص534.

² انظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية 304/12.

³ انظر: المرجع نفسه (الصفحة نفسها).

⁴ انظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية 393/5

2- قوله صلى الله عليه وسلم: «الخالة بمنزلة الأم» فهنا قاس النبي صلى الله عليه وسلم الخالة على الأم في أحقية الحضانة، يقطع فيه بالعلة الجامعة وبوجودها في الفرع، فيقطع - مثلا - أن المعنى الذي أوجب الحضانة للأم من الشفقة والحنان وعمل ما يصلح الولد موجوداً قطعاً في الخالة عند فقد الأم.¹

6- قاعدة إذا زال المانع عاد الحكم الأصلي².

-ففي قوله صلى الله عليه وسلم: «أنت أحق به ما لم تنكحي». وجه الدلالة من الحديث أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - جعل نكاح الأم علة لمنعها من حضانتها، فإن زال النكاح المانع من الحضانة بالطلاق أو غيره عاد إليها حق الحضانة لأنه إذا زال المانع جاز الممنوع.

فمن سقط حقهم في الحضانة لمانع ما، وزالت الموانع عنهم مثل أن طلقت المرأة المزوجة أو عقل المعتوه أو أسلم الكافر أو عدل الفاسق، عاد حقهم من الحضانة؛ فمتى زال المانع ثبت الحكم بالسبب الخالي من المانع.³

2.3. نماذج من القواعد الفقهية الحاكمة لضبط أحكام الحضانة:

1-المعدوم شرعا كالمعدوم حساً⁴:

-حق الحضانة والتربية يقدم فيه الأقرب من النساء فإذا تزوجت الأقرب حتى اشتغلت بزوجها كانت الولاية للأبعد؛ لأن الموجود الذي لا ينتفع به كالمعدوم. وكذلك لا يخير الغلام إذا كان أحد أبويه ليس من أهل الحضانة؛ لأنه غير أهل فيكون وجوده كعدمه، ولا ولاية لفاسق، ويتعين أن يكون الغلام عند الآخر.

¹ ينظر: محمد دكوري، القطعية من الأدلة الأربعة ص 434.

² انظر: الباقلاني التقريب والإرشاد 95/2، ابن القيم، إعلام الموقعين 3/ 325

³ انظر: ابن قدامة، المغني 3/ 384.

⁴ المقرئ، قواعد الفقه 333/1، الونشريسي، إيضاح المسالك، ص 138.

2-الحيل لا تحيل الحقوق.¹

-إذا سافر الأب بولده إلى بلد آخر غير بلد الأم المطلقة تحيلاً لإسقاط حقها في الحضانة، فلا تسقط الحضانة للأم؛ لأن الحيل لا تحيل الحقوق.²

3-الحاكم لا ولاية له في إسقاط حقوق العباد.³

-إذا ثبتت الحضانة لشخص، فلا يجوز للحاكم إسقاط حقه، ونقل الحضانة إلى من يليه من غير مصلحة معتبرة؛ لأن الحضانة من حقوق العباد والإمام لا ولاية له في إسقاط حقوق العباد.⁴

4-الأصل هو الأمانة.⁵

فإذا ادعى أحد على الحاضن أنه غير مأمون ويخشى منه على الطفل أو الأطفال المحضونين، وادّعى الحاضن أنه أمين فعليه أن يثبت ذلك لأنه صار مدعياً.⁶

5- قاعدة التابع تابع.⁷

اختلف المالكية في الحاضن هل هو تابع للمحضون أو العكس؟ فإن قلنا إن الحاضن تابع، نظراً إلى كونها مشغلة بالحضانة، فالكراء على المحضون. والعكس كذلك.⁸

¹ ابن قدامة، المغني 6/ 474.

² انظر: ابن القيم، إعلام الموقعين 3/ 229.

³ معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية 18/ 196.

⁴ انظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ 6/ 187.

⁵ انظر: الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية 1/ 209.

⁶ انظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل 4/ 212.

⁷ انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر ص 117؛ الزرقا، شرح القواعد الفقهية ص 253.

⁸ المقري، قواعد الفقه ق 766، ص 378.

6- لا يمتنع في الشخص الواحد اجتماع جهتي استحقاق.¹

وعلى هذا اختلف المالكية في الأم الوصي تتزوج: هل يسقط حقها في الحضانة أو لا؟ لأن حق الوصية لا تسقطه الزوجية بخلاف الأمومة.²

7- الحضانة، هل هي حق الحاضنة أو حق الولد؟³

قال أبو عبد الله المقرئ (ت: 759هـ): «فقد اختلف عن مالك في ذلك فقال الشيخ أبو القاسم: هو من حقوق المرأة فإن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته. وقال القاضي أبو محمد: فإذا قلنا إنه من حقوق الأم فلقوله - صلى الله عليه وسلم - أنت أحق به ما لم تنكحي.

ومن جهة المعنى أنه يلحقها الضرر بالتفرقة منها مع ما جبل عليه النساء من الإشفاق من ذلك والتوجع له قال: وإذا قلنا: إنه حق للولد؛ فلأن الغرض حفظه ومصالحه. ولذلك يؤخذ منها إذا تزوجت، وإن لحقها الضرر بأخذه. القول الثالث أن فيه حقاً لكل منهما».⁴

8. إسقاط الشيء بعد وجوبه يصح.⁵

إذا أسقط الحاضن حقه في الحضانة بعد وجوبها له فإن حقه يسقط بإسقاطه، وينتقل الحق إلى من بعده؛ لأن إسقاط الشيء بعد وجوبه يصح.⁶

¹ المرجع السابق ق 765.

² المرجع نفسه ق 765.

³ انظر: ابن قدامة، المغني 7/ 615، ابن عابدين، الدر المختار 2/ 875، الشريبي، مغني المحتاج 3/ 456.

⁴ انظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ 6/ 185، ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك 6/ 490.

⁵ انظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية 13/ 226.

⁶ انظر: المرجع نفسه 13/ 221.

4. خاتمة

وفى أبرز النتائج والتوصيات، وهي:

- منشأ الخلاف بين الفقهاء في مسائل الحضانة يعود إلى سببين، وهما: الصناعة الحديثية بين أحاديث الحضانة، ودلالات الألفاظ.

- دفع أهل العلم التعارض الواقع بين أحاديث الحضانة بالجمع والنسخ والترجيح.

- مدى أثر القواعد الأصولية والفقهية في تأصيل أحكام الحضانة من خلال النماذج المذكورة في المقال.

وفي الأخير أوصي بما يلي :

- إفراد أحاديث الأحكام بدراسة أصولية تفصيلية مقارنة، خاصة التي لم تنل حظاً من البسط والإيضاح من قبل الفقهاء .

- جمع القواعد الأصولية والفقهية المؤثرة في أحكام التفقات لمسيس الحاجة لضبط فقه هذا الباب .وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً كثيراً.

5. قائمة المراجع

- القرآن الكريم.
- ابن العربي، محمد، (2007م)، المسالك في شرح موطأ مالك، لبنان، دار الغرب الإسلامي
- ابن القيم، محمد (1994م)، زاد المعاد في هدي خير العباد، بيروت مؤسسة الرسالة .
- ابن القيم، محمد، (1432هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، السعودية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع،
- ابن الملقن، عمر (2004م)، البدر المنير في تخرّج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير، السعودية، دار الهجرة للنشر والتوزيع.

- ابن النجار، محمد (1997م)، شرح الكوكب المنير، السعودية، مكتبة العبيكان.
- ابن حجر، أحمد (1989م)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لبنان، دار الكتب العلمية.
- ابن حزم، علي (1436هـ)، المحلى بالآثار، لبنان، دار الفكر.
- ابن حنبل، أحمد (2001م)، مسند أحمد، لبنان، دار الرسالة.
- ابن دقيق العيد، محمد (1996م)، إحكام الأحكام، شرح عمدة الأحكام، سوريا، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ابن رشد، محمد (2004م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصر، دار الحديث.
- ابن عابدين، محمد، (1992م)، رد المحتار على الدر المختار، لبنان، دار الفكر.
- ابن عبد السلام، عبد العزيز (1416هـ)، الفوائد في اختصار المقاصد، لبنان، دار الفكر.
- ابن عثيمين، محمد، (1428 هـ)، الشرح الممتع، مصر، دار ابن الجوزي.
- ابن قدامة، عبد الله (1436هـ)، المغني، دار ابن الجوزي، القاهرة.
- أبو داود، سليمان، (2009)، سنن أبي داود، لبنان، دار الرسالة العالمية.
- الألباني، محمد، (1985م)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لبنان، المكتب الإسلامي.
- الأمدى، علي (2008م)، الإحكام في أصول الأحكام، لبنان، دار ابن حزم.
- الباجي، سليمان (1332هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مصر، مطبعة السعادة.
- الباقلاني، محمد (1418 هـ)، التقريب والإرشاد، لبنان، مؤسسة الرسالة.
- البخاري، محمد، (1422هـ)، صحيح البخاري، لبنان، دار طوق النجاة.
- البغدادي، عبد الوهاب (1999م)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، لبنان، دار ابن حزم.

- البورنو، محمد(1424هـ)، موسوعة القواعد الفقهية، لبنان، مؤسسة الرسالة.
- الخريشي، محمد(د.ت)، شرح مختصر خليل، لبنان، دار الفكر للطباعة.
- الرحيباني، مصطفى، (1994م)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لبنان، طبعة المكتب الإسلامي.
- الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم -دمشق، الطبعة الثانية، عام 2012
- الزركشي، بدر الدين(1985م)، المنثور في القواعد الفقهية، الكويت، وزارة الأوقاف الكويتية.
- الزليعي، عبد الله (1997م)، نصب الراية لأحاديث الهداية، لبنان، مؤسسة الريان للطباعة والنشر.
- السيوطي، عبد الرحمن (2005م)، الأشباه والنظائر، لبنان، دار ابن حزم
- السيوطي، عبد الرحمن، (1981)، الإكليل في استنباط التنزيل، لبنان، دار الكتب العلمية.
- الشربيني، محمد، (1994م)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لبنان، دار الكتب العلمية.
- الشوكاني، محمد، (1993م)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مصر، دار الحديث.
- الشيرازي، إبراهيم، (1983م)، التنبيه في الفقه الشافعي، مصر، طبعة عالم الكتب.
- الصاوي، أحمد، (1995م)، بلغة السالك لأقرب المسالك، لبنان، دار الكتب العلمية.
- الصنعاني، محمد(2007م)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، لبنان، مكتبة المعارف.
- الغزالي، محمد(2008م)، المستصفى، لبنان، دارالكتب العلمية.

- القرافي، أحمد (1973م)، شرح تنقيح الفصول، لبنان، شركة الطباعة الفنية.
- الكاساني، أبو بكر، (1986م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لبنان، دار الكتب العلمية،
- مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، (1434هـ)، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، الإمارات العربية المتحدة.
- المغربي، الحسين، (2007م)، البدر التمام شرح بلوغ المرام، مصر، دار هجر.
- المقرئ، محمد (2014م)، قواعد الفقه، لبنان، دار ابن حزم.
- المناوي، محمد، (1990م)، التوقيف على مهمات التعاريف، مصر، عالم الكتب.
- النسائي، أحمد، (1986م)، المجتبى من السنن، لبنان، مكتب المطبوعات الإسلامية.
- النووي، يحيى، (د.ت)، المجموع شرح المهدّب "مع تكملة السبكي المطيعي"، السعودية، طبعة مكتبة الإرشاد.
- النيسابوري، الحاكم، (1990م)، المستدرک على الصحيحين، لبنان، دار الكتب العلمية.
- الوئشرسي، أحمد، (1996م)، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لبنان، دار ابن حزم.
- دكوري، محمد، (1999م)، القطعية من الأدلة الأربعة، السعودية، طبعة الجامعة الإسلامية.

References List:

- The Holy Quran.
- Ibn al-Arabi, Muhammad, (2007), Al-Masalik fi Sharh Muwatta'malik, Lebanon, Dar al-Gharb al-Islami
- Ibn al-Qayyim, Muhammad (1994), Zad al-Ma'ad fi Huda Khair al-'Ibad, Beirut, Al-Risala Foundation.
- Ibn al-Qayyim, Muhammad, (1432 AH), l'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin, Saudi Arabia, Dar Ibn al-Jawzi for Publishing and Distribution,
- Ibn al-Mulaqqin, Omar (2004 AD), Al-Badr al-Munir fi Takhreej al-Ahadith wa al-Athar al-Waqi'ah fi al-Sharh al-Kabir, Saudi Arabia, Dar al-Hijrah for Publishing and Distribution.
- Ibn al-Najjar, Muhammad (1997 AD), Sharh al-Kawkab al-Munir, Saudi Arabia, Al-Ubaikan Library.
- Ibn Hajar, Ahmad (1989 AD), Al-Talkhees al-Habeer fi Takhreej al-Rafi'i al-Kabir, Lebanon, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- Ibn Hazm, Ali (1436 AH), Al-Muhalla bi al-Athar, Lebanon, Dar al-Fikr.
- Ibn Hanbal, Ahmad (2001 AD), Musnad Ahmad, Lebanon, Dar al-Risala.
- Ibn Daqqeq al-Eid, Muhammad (1996), Ihkam al-Ahkam, Sharh Umdat al-Ahkam, Syria, Dar al-Fikr for Printing, Publishing and Distribution.
- Ibn Rushd, Muhammad (2004), Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid, Egypt, Dar al-Hadith.
- Ibn Abidin, Muhammad (1992), Radd al-Muhtar ala al-Durr al-Mukhtar, Lebanon, Dar al-Fikr.
- Ibn Abd al-Salam, Abd al-Aziz (1416 AH), al-Fawa'id fi Ikhtisar al-

Maqasid, Lebanon, Dar al-Fikr.

- Ibn Uthaymeen, Muhammad (1428 AH), al-Sharh al-Mumti', Egypt, Dar Ibn al-Jawzi.
- Ibn Qudamah, Abdullah (1436 AH), al-Mughni, Dar Ibn al-Jawzi, Cairo.
- Abu Dawud, Sulayman (2009), Sunan Abi Dawud, Lebanon, Dar al-Risalah al-Alamiyah.
- Al-Albani, Muhammad, (1985), Irwa' al-Ghaleel fi Takhreej Ahadith Manar al-Sabil, Lebanon, Islamic Office,
- Al-Amidi, Ali (2008), Al-Ahkam fi Usul al-Ahkam, Lebanon, Dar Ibn Hazm.
- Al-Baji, Sulayman (1332 AH), Al-Muntaqa Sharh al-Muwatta, Egypt, Al-Sa'ada Press.
- Al-Baqillani, Muhammad (1418 AH), Al-Taqreeb wa al-Irshad, Lebanon, Al-Risalah Foundation
- Al-Bukhari, Muhammad, (1422 AH), Sahih Al-Bukhari, Lebanon, Dar Tawq al-Najah.
- Al-Baghdadi, Abdul-Wahhab (1999), Al-Ishraf 'ala Nukat Masa'il al-Khilaf, Lebanon, Dar Ibn Hazm.
- Al-Burno, Muhammad (1424 AH), Encyclopedia of Jurisprudential Rules, Lebanon, Al-Risalah Foundation.
- Al-Kharashi, Muhammad (n.d.), Sharh Mukhtasar Khalil, Lebanon, Dar Al-Fikr for Printing.
- Al-Rahibani, Mustafa, (1994), Demands of the First of the Insightful in Explaining the Ultimate Goal, Lebanon, Islamic Office Edition.
- Al-Zarqa, Ahmad, Explanation of the Jurisprudential Principles, Dar Al-Qalam - Damascus, Second Edition, 2012

- Al-Zarkashi, Badr Al-Din (1985), Al-Manthur in the Jurisprudential Principles, Kuwait, Kuwaiti Ministry of Endowments.
- Al-Zayla'i, Abdullah (1997), Nasb Al-Rayah for the Hadiths of Guidance, Lebanon, Al-Rayyan Foundation for Printing and Publishing.
- Al-Suyuti, Abdul Rahman (2005), Al-Ashbah wa Al-Naza'ir, Lebanon, Dar Ibn Hazm
- Al-Suyuti, Abdul Rahman, (1981), Al-Iklil in Deriving the Revelation, Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-Sharbini, Muhammad, (1994), Mughni Al-Muhtaj ila Ma'rifat Ma'ani Alfath Al-Minhaj, Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-Shawkani, Muhammad, (1993), Nail Al-Awtar Sharh Muntaqa Al-Akhbar, Egypt, Dar Al-Hadith.
- Al-Shirazi, Ibrahim, (1983), Al-Tanbih fi Al-Fiqh Al-Shafi'i, Egypt, Alam Al-Kutub Edition.
- Al-Sawi, Ahmad, (1995), Balaghat Al-Salik li-Aqrab Al-Masalik, Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-San'ani, Muhammad (2007), Subul Al-Salam Sharh Bulugh Al-Maram, Lebanon, Maktabat Al-Maarif.
- Al-Ghazali, Muhammad (2008), Al-Mustasfa, Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-Qarafi, Ahmad (1973), Sharh Tanqih Al-Fusul, Lebanon, Al-Taba'a Al-Fanniyyah Company.
- Al-Kasani, Abu Bakr, (1986), Bada'i Al-Sana'i' fi Tarteeb Al-Shara'i', Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah,
- Zayed Bin Sultan Al Nahyan Foundation for Charitable and Humanitarian Works, (1434 AH), Zayed School for Jurisprudential and

Fundamental Principles, United Arab Emirates.

- Al-Maghribi, Al-Hussein, (2007), Al-Badr Al-Tamam Sharh Bulugh Al-Maram, Egypt, Dar Al-Hijr.
- Al-Maqri, Muhammad (2014), The Rules of Jurisprudence, Lebanon, Dar Ibn Hazm.
- Al-Manawi, Muhammad, (1990), Stopping on Important Definitions, Egypt, Alam Al-Kutub.
- Al-Nasa'i, Ahmad, (1986), Al-Mujtaba from the Sunnah, Lebanon, Office of Islamic Publications.
- Al-Nawawi, Yahya, (n.d.), Al-Majmu' Sharh Al-Muhadhdhab "with the Supplement of Al-Subki Al-Muti'i", Saudi Arabia, Al-Irshad Library Edition.
- Al-Naysaburi, Al-Hakim, (1990), Al-Mustadrak ala Al-Sahihain, Lebanon, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
- Al-Wansharisi, Ahmad, (1996), Clarification of Paths to the Rules of Imam Malik, Lebanon, Dar Ibn Hazm.
- Dakkouri, Muhammad, (1999), The Certainty of the Four Proofs, Saudi Arabia, Islamic University Edition.